

## 7. Segue: Altri profili di novità

Un cenno solo, ora, agli **altri e numerosi venti di novità che spirano da un codice che ha il pregio dell'unità e dell'organicità**: la centralità dei **valori etico-giuridici della fiducia e della buona fede**, l'avvento delle **procedure virtuali**, la sfida della **qualificazione delle stazioni appaltanti**, il ruolo centrale del **RUP** (titolare, *ex art. 15* e allegato I.2, del generale potere di compiere, con riferimento a tutte le fasi del ciclo di vita del contratto, ogni atto, anche atipico, necessario per assicurare il conseguimento del risultato nei tempi previsti); la reviviscenza dell'**appalto integrato** e del *general contractor*, **l'azione di rivalsa** della stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicatario colpevole (art. 5 codice contratti e 124 c.p.a.), la compiuta **contrattualizzazione delle concessioni** (vedi §10.4), la **flessibilizzazione dei contratti sotto-soglia** (Cap. 2, §11: artt. 48 e ss.), la formale *deproceduralizzazione* degli **affidamenti diretti** (non sono procedure *ex art. 70* in quanto la scelta non è comparativa, ma fiduciaria), la **rimodulazione dei controlli sui requisiti soggettivi** degli operatori economici (artt. 94 e ss.), il potenziamento del **soccorso istruttorio** (art. 101) e la nuova disciplina dell'avvalimento (art. 104) e degli **operatori collettivi** (per i **raggruppamenti di imprese** *ex art. 68*, viene meno la distinzione tra raggruppamenti orizzontali con funzione distributiva e verticali con funzione integrativa e si ammette la libertà di partecipazione plurima a più raggruppamenti; per i **consorzi non necessari** *ex art. 67*, si ammette il cumulo alla rinfusa dei requisiti).

## 8. Cos'è il contratto pubblico?

Chiarite le coordinate generali del nuovo codice, è ora venuto il momento della faticosa domanda. Cos'è il contratto pubblico? Quali ne sono gli elementi e i presupposti? Nei successivi paragrafi si analizzeranno il profilo soggettivo, quello oggettivo e quello formale.

## 9. Segue: Il profilo soggettivo del contratto pubblico: la necessaria “soggettività” pubblica

Il contratto pubblico vede come parte necessaria un soggetto pubblico.

**La nozione di soggetto pubblico** è, in questa materia, **allargata** in quanto, almeno in tema di appalti e di concessioni, in coerenza con il modello elastico di P.A. di cui all'art. 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, sono considerati soggetti pubblici, ai fini delle procedure di gara finalizzate alla stipula di contratti pubblici, **non solo gli enti pubblici, ma anche soggetti privati equiparati *quoad materiam*, quali gli organismi di diritto pubblico** (allegato I.1, art. 1, lett. *e*)), **le imprese pubbliche** (allegato I.1., art. 1, lett. *f*) e **le società pubbliche di cui al D.Lgs. 175/2016** e alla riforma dei servizi pubblici locali di cui al **D.Lgs. 201/2022**.

Vedi Parte IV, Cap. 1 e 2, sulla nozione variabile di ente pubblico e sull'accezione lata abbracciata in materia di appalti pubblici, con riguardo anche alle società *in house*.

**La ragione di questa nozione “panciuta” di ente pubblico, ai fini degli appalti, è evidente e risiede nel principio comunitario dell’effetto utile.** Posto, infatti, che scopo delle norme comunitarie in materia di appalti sono l’apertura del mercato, l’affermazione della concorrenza comunitaria e il superamento di barriere nazionalistiche, si deve all’uopo accedere a una nozione ampia di stazione appaltante, che costringa a seguire le regole di evidenza anche soggetti privati che siano sottoposti a un decisivo controllo pubblico.

**Si deve snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto la veste formale,** per dirla con Giacinto Della Cananea. Altrimenti si consentirebbe alle pubbliche amministrazioni di eludere i vincoli comunitari, creando società sotto il controllo pubblico attraverso cui affidare a terzi, senza gara, compiti inerenti a servizi, opere o forniture.

Non è quindi decisiva la qualità formale di chi stipula il contratto, ma la veste sostanziale di chi detiene il potere decisorio e lo esercita attraverso il veicolo di una sua propaggine privatistica e societaria.

Va soggiunto che **la nozione di ente pubblico o equiparato in materia di evidenza pubblica deve essere fissata dalla legge** in base al principio di legalità e di riserva di legge (Parte IV, Cap. 1). Ne deriva che il c.d. **autovincolo di un soggetto privato** al rispetto di regole pubblicistiche, se è idoneo a rendere applicabili le prescrizioni richiamate sul piano della buona fede e dell’affidamento, è **inidoneo a imprimere natura sostanzialmente pubblicistica agli atti e a determinare, quindi, spostamenti della giurisdizione in favore del G.A.** (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16).

Infatti, al fine di individuare la normativa applicabile e, conseguentemente, il profilo del riparto di giurisdizione, è giuridicamente irrilevante la circostanza che nella lettera di invito la stazione appaltante precisi che la normativa di riferimento della gara è costituita dalla disciplina pubblicistica. La sottoposizione o meno di un appalto al **regime pubblicistico discende dalle caratteristiche oggettive dell’appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall’esistenza di un vincolo “eteronomo”** e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. *autovincolo*).

**L’autovincolo assunto da un soggetto privato** (quale un’impresa pubblica nei settori esterni a quelli speciali) è, quindi, **pura espressione di autonomia negoziale**, sindacabile come tale dal giudice civile secondo logiche di buona fede, divieto di abuso e tutela dell’affidamento. **Quello sancito da una pubblica amministrazione ha invece valore pubblicistico, di aggravamento delle regole applicabili a un’azione – già di per sé – di diritto pubblico.**

### 9.1 *La necessaria intersoggettività sostanziale del contratto pubblico*

Ai fini comunitari per contratto si intende un atto che crea un vincolo tra soggetti, non solo formalmente ma anche sostanzialmente, diversi e distinti. È **cioè necessaria un’intersoggettività non solo formale, ma sostanziale.** Non c’è vero contratto – e quindi non sussiste obbligo di gara ai fini della selezione del contraente – se uno dei contraenti esercita sull’altro un controllo tale da annientare la sua autonomia decisionale e da escludere una vera distinzione.

Per questa ragione non viene in rilievo l’obbligo di evidenza pubblica (ex art. 7, D.Lgs. 26/2023 e art. 2, comma 1, lett. o), del testo unico delle società pubbliche, di

cui al D.Lgs. 175/2016), nel **caso dell'in house providing**, ossia quando venga in luogo un fenomeno di auto-produzione in ragione del controllo esercitato dall'ente pubblico affidante sulla società affidataria, analogo a quello esercitato sui suoi uffici e servizi (art. 17 del D.Lgs. 201/2022). **Viene a galla**, per dirla con la sentenza *Rordorf* della Corte di Cassazione (ma vedi anche **Cass., Sez. Un., 6896/2009; Cons. Stato, sez. II, ord. 26 maggio 2025, n. 4547**), **una relazione priva di reale intersoggettività**, in quanto il carattere penetrante dello *ius vitae ac necis* dell'ente pubblico socio unico (o dominante) sulla società finisce per squarciare il velo che normalmente separa la società dal socio, trasformando la prima in un mero organo (con personalità giuridica) del secondo e impedendo la configurazione di una reale differenziazione tra i due soggetti e i relativi patrimoni (vedi, sul tema, Parte IV, Cap. 2, §6 e ss.).

**L'affidatario deve essere un operatore economico** (art. 65), titolare, anche grazie a raggruppamenti, subappalto o avvalimento (art. 104), di requisiti generali e speciali; morali, tecnici ed economici *ex artt.* 94 e ss. (sui requisiti di qualificazione; sul soccorso istruttorio e sulle false o incomplete dichiarazioni vedi **Ad. Plen., 16/2020**).

**È da intendersi quale operatore economico**, che deve sottostare alla gara pubblica per ottenere un affidamento produttivo di utilità economica, **anche un ente pubblico**. Sono, però, esonerati dalla procedura di evidenza pubblica solo gli accordi tra enti pubblici di cooperazione istituzionale (artt. 15 della L. 241/1990; e 5, comma 6, del codice dei contratti) che non attribuiscono vantaggi economici all'ente pubblico o, in via indiretta, a un terzo privato senza gara (**Corte Giust., sez. IV, 28 maggio 2020, in C-796/18; sez. IX, ord. 30 giugno 2020, C-618/19**: vedi Parte VIII, Cap. 2, §3.2).

Il contratto di diritto privato, come ogni atto negoziale, deve essere preceduto da **una procedura amministrativa (tutelle publiques) tesa a evidenziare l'interesse pubblico da perseguire, in omaggio al vincolo di scopo** secondo il c.d. "principio di rilevanza del fine" che connota la cd. "attività di di diritto privato equivalente" (vedi Cap. 2).

## 10. I criteri oggettivi di classificazione dei contratti pubblici

Ciò detto sul piano soggettivo, si può ora passare a esaminare i profili oggettivi della nozione di contratto pubblico.

Si può iniziare dalla distinzione tra contratti attivi (extra-codicistici, in quanto sottoposti alla normativa di contabilità di Stato del 1923-1924) e passivi (di cui si occupa il codice dei contratti pubblici).

In seguito si esaminerà la distinzione dei contratti passivi in appalti e concessioni.

### 10.1 *Contratti attivi e passivi*

**La principale differenziazione**, nell'ambito dei contratti delle P.A., è quella, di cui s'è già in parte detto al §4.4, **tra contratti attivi e passivi**.

In estrema sintesi, **i primi sono produttivi di un'entrata per il soggetto pubblico contraente** (ad esempio un contratto di vendita o locazione, laddove la P.A. assu-

me la veste di parte venditrice o locatrice), mentre i secondi comportano una spesa per l'erario ai fini dell'approvvigionamento, in generale, di beni, servizi e/o opere.

Nell'ambito del diritto pubblico e della sopra riportata macro-classificazione, la scelta del Legislatore nazionale – su *input* di quello europeo – è stata quella di offrire, da ultimo con il codice del 2023, una specifica definizione e una precipua disciplina di una serie di contratti di natura passiva inerenti alle commesse pubbliche di lavori, servizi e forniture.

Ne consegue che alla descritta differenziazione tipologica corrisponde una differenziazione della disciplina applicabile: **mentre i contratti attivi restano tuttora (e in via principale) disciplinati dalla normativa di contabilità di Stato** contenuta nel quasi centenario R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (Cons. Stato, sez. VII, 225/2024, anche con riferimento alle concessioni di beni pubblici; sez. V, 6824/2023, per i contratti di locazione) e **sono soggetti ai soli super-principi del nuovo codice** (art. 13, comma 5, che rinvia agli artt. 1, 2 e 3 per tutti i contratti non sottoposti al codice che offrano opportunità di guadagno economico); **i contratti passivi soggiacciono, invece, integralmente, salve eccezioni, alla disciplina del Codice dei contratti pubblici**. Vedi, sul caso Sanremo: **Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2025, n. 5602**; sui contratti esclusi ed estranei vedi, in generale, **Cons. Stato, sez. V, 2 aprile 2025, n. 2775**).

In particolare, rispetto all'ambito di operatività del codice dei contratti pubblici, si è affermata la **distinzione fra contratti esclusi e contratti estranei**. Mentre ai primi non si applicano le norme del codice perché così è disposto da specifiche disposizioni che esentano dal codice contratti che altrimenti vi sarebbero soggetti per il loro oggetto, i contratti estranei – fra i quali rientrano anche quelli attivi – sono di per sé esorbitanti rispetto all'ambito applicativo del codice come delineato dall'art. 2, comma 1, lett. *a*), *b*), *c*) dell'allegato I.1. al codice e, proprio come quelli esclusi, **soggiacciono ai super-principi di cui agli artt. 1, 2 e 3** (risultato, fiducia e accesso al mercato).

In tale quadro, va segnalato che **il nuovo codice**, in un quadro volto a limitare contratti d'opera intellettuale gratuiti, **non considera “i contratti gratuiti interessati” appalti** (per i quali c'è bisogno, quindi, di un'onerosità diretta), **ma contratti estranei, soggetti solo ai principi** di cui sopra.

Infatti, come detto in precedenza, il D.Lgs. 36/2023 **supera l'opzione giurisprudenziale** (Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4164; **Corte di Giust., sez. IV 10 settembre 2020, in causa C-367/19**), **che aveva acceduto a un'interpretazione estensiva del concetto di contratto di appalto, come tale a titolo oneroso**, comprensiva anche dei contratti che, pur senza prevedere un corrispettivo in favore dell'esecutore della prestazione, siano volti al soddisfacimento di un suo pur indiretto interesse patrimoniale (fattispecie relative all'attribuzione a un professionista dell'incarico gratuito, con il solo rimborso spese, dell'incarico di redigere il nuovo strumento urbanistico del Comune di Catanzaro: il contratto è stato considerato un appalto pubblico di servizi, come tale soggetto alle regole del codice).

In questo quadro, **andava considerato appalto ogni contratto in senso lato oneroso** (in senso economico, pur se non finanziario) che, pur in assenza di controprestazione

sinallagmatica, consenta all'affidatario **il perseguimento, in via indiretta, di un'utilità economica o di un vantaggio ideale** connaturato alla vocazione dell'operatore, *sub specie* di **accrescimento della capacità competitiva e dell'effetto promozionale**. Si pensi a fattispecie come le sponsorizzazioni, i contratti relativi alla realizzazione di opere di urbanizzazione, i contratti di brokeraggio e *advising* e i servizi di tesoreria, per non dire dei contratti del terzo settore stipulati da enti *no profit* (associazioni di volontariato).

Sono, peraltro, **vietate, di norma, le prestazioni d'opera intellettuale gratuite** (art. 8, comma 2). Inoltre, le procedure relative alla stipulazione di contratti professionali (in particolare, per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro) **non sono soggette in via integrale alla L. 49/2023 sull'equo compenso, ma solo al relativo principio** (declinato operativamente dall'art. 41, commi 15bis e ss., introdotti dal correttivo 2024); in giurisprudenza, prima del correttivo, si veda (nel senso della non compatibilità tra le due leggi), **Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2025, n. 844 e Cons. Stato, sez. III, 27 gennaio 2025, n. 594**.

Il nuovo codice **non si applica neanche ai contratti di società** (vedi art. 13, comma 3), soggetti alle norme di cui al T.U. 175/2016.

## 10.2 *Concessioni e appalti pubblici*

Nell'ambito dei contratti passivi la storica, quanto *summa, divisio* è rappresentata dai contratti di appalto e dai contratti di concessione (di lavori e di servizi). Tale suddivisione trova una rinnovata conferma anche nell'**art. 2 dell'allegato I.1.** che, nel definire la nozione di "contratti" o "contratti pubblici", si riferisce segnatamente ai *contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti*. Su queste due tipologie (e sulle rispettive varianti ideate e regolate nel tempo dal legislatore) si sono notevolmente interrogate dottrina e giurisprudenza.

## 10.3 *La nozione di contratto di appalto pubblico*

La nozione di contratto di appalto pubblico ("contratto a titolo oneroso tra stazione appaltante e operatore economico avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la formazione di beni o la prestazione di servizi" - art. 2, lett. b), dell'Allegato I.1.) **si distingue in modo sostanziale da quella civilistica di appalto, che si ricava dall'art. 1655 c.c.** Quest'ultima, infatti, contempla una delimitazione oggettiva, dovendo l'appalto riguardare il compimento di un'opera o di un servizio, nonché una delimitazione soggettiva, essendo l'appaltatore un soggetto dotato di una propria organizzazione economica. Esula da tale nozione di appalto la disciplina della fornitura di beni già prodotti o che non richiedano una specifica attività realizzativa. In definitiva, **gli appalti pubblici si distinguono dalla nozione civilistica di appalto ex art. 1655 c.c., perché non sono un tipo contrattuale, ma un modello generale aperto a ogni negozio tipico o atipico di acquisizione di beni, servizi e opere**; e, quindi, possono riguardare anche forniture e non richiedono la qualità di imprenditore dell'appaltatore.

Secondo la nozione di appalto pubblico, ricadono in tale categoria tutti quei contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto, aventi per oggetto la realizzazione di

lavori, la prestazione di servizi, nonché la fornitura di beni, a titolo oneroso (art. 2, comma 1, lett. *b*), all. I.1 al codice del 2023). Si è già osservato, nel paragrafo precedente, che ulteriore elemento di distinzione è il diverso concetto di onerosità: in senso strettamente finanziario ai fini del codice civile, in senso latamente finanziario ai fini delle regole europee sull'evidenza pubblica.

Sotto il profilo soggettivo, il contratto di appalto evoca, come detto, una relazione intersoggettiva forte o qualificata.

Inoltre, ai fini comunitari e sempre sotto il profilo soggettivo, grazie alla enucleazione delle figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica, si propende per un allargamento dei soggetti tenuti alla stipula di appalti (pubblici), comprensiva di soggetti formalmente privati come gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche.

Quanto ai profili di natura oggettiva, **l'appalto pubblico è suddivisibile in tre categorie: appalto di lavori, appalto di servizi e appalto di forniture.**

Mentre l'appalto pubblico di lavori si avvicina alla richiamata definizione di appalto privato di cui all'art. 1655 c.c., **l'appalto di servizi e l'appalto di forniture** non integrano un preciso tipo negoziale. In altri termini, il Codice dei contratti pubblici non individua un assetto negoziale globalmente definito. Ciò emerge con maggiore chiarezza con riferimento alle forniture rispetto alle quali il Codice opera un espresso richiamo ad una pluralità di strumenti negoziali (e quindi di schemi contrattuali) mediante i quali reperire i prodotti sul mercato.

Le figure dell'**appalto di servizi** e dell'**appalto di forniture** costituiscono, dunque, un'**efficace formula di sintesi idonea a ricomprendere una serie diversa di schemi contrattuali** idonei ad assicurare ai soggetti pubblici il reperimento di un prodotto o l'espletamento di un servizio.

Quanto alla controprestazione, come accennato, la norma è chiara nel ritenere che i **contratti di appalto (qualunque ne sia l'oggetto) costituiscano negozi stipulati a titolo oneroso. È infatti necessario che una prestazione costituisca il corrispettivo dell'altra**, ma – come si è già osservato – *“detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro”* (Corte Giust., sez. IV, 10 settembre 2020, in causa C367/19).

#### 10.4 *Il contratto di concessione*

L'appalto e la concessione, come visto, costituiscono le due figure – in certo modo – classiche in cui si presenta il contratto pubblico.

Nello specifico **il contratto di concessione** (contratto a titolo oneroso in cui il **corrispettivo** consiste **unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi** oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo) **rappresenta** (insieme al *project financing*, alla locazione finanziaria e al contratto di disponibilità) **un tipico contratto di partenariato pubblico privato (partenariato contrattuale**, da distinguere da quello istituzionale caratterizzato dalla creazione di un nuovo soggetto come la società mista), caratterizzato, in quanto tale, da un coinvolgimento del privato contraente nella *mission* pubblicistica (ottenuto mediante allocazione dei costi dell'opera o del servizio in capo al privato ed attribuzione a questi del diritto di gestione, con rischio, tuttavia, a proprio carico).

**Il D.Lgs. 36/2023, agli artt. 176-195 (Libro IV, Parte II, del codice) contiene una regolamentazione dettagliata** sia della concessione di costruzione e gestione (c.d. concessione di lavori pubblici), sia di quella di servizi.

La concessione è un contratto (art. 2, comma 1, lett. *c*), dell'allegato I.1.), anche se il *nomen* evoca il concetto di provvedimento traslativo (o costitutivo) di funzioni pubblicistiche. Ne deriva che la fase dell'esecuzione della concessione segue le regole privatistiche di cui all'art. 30, ultimo comma; che la giurisdizione sulle questioni esecutive compete al G.O. (Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2018, n. 32728); e che è identico il rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a. **Trattasi, però, di un contratto speciale**, in quanto le regole per la scelta del concessionario sono specifiche (artt. 182-187); e il concessionario stesso, se non selezionato con procedura di evidenza pubblica (ove obbligatorie al momento della concessione o della sua proroga: art. 186), è tenuto, nella misura tra il 50 e il 60% degli affidamenti, alla gara pubblica per la scelta del contraente. Le concessioni, pur se di natura privatistica, **conservavano, quanto all'autotutela, incrostazioni dell'origine pubblicistica** (vedi la sottoposizione delle concessioni ai poteri pubblicistici di revoca e annullamento *ex art.* 176), **oggi superate con la sottoposizione al medesimo regime valevole per gli appalti** (vedi il nuovo art. 190 che prevede, per le concessioni, i rimedi privatistici del recesso e della risoluzione). È così quasi compiuto il secolare **processo di contrattualizzazione di tali concessioni**.

Entrambe le tipologie di concessioni presentano sostanzialmente le stesse caratteristiche di un appalto pubblico (rispettivamente di lavori o di servizi), ivi compresa la necessità di un'intersoggettività sostanziale, a eccezione del fatto del rischio **operativo** (che grava sul concessionario con riferimento al rischio di costruzione e al rischio dell'offerta e/o della domanda: Cons. Stato, sez. VII, 7200/2023) e del connesso rilievo che il corrispettivo per la realizzazione dell'opera e per la fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestione dei medesimi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (art. 2, comma 1, lett. *c*) dell'allegato I.1).

**In definitiva, il corrispettivo speciale (giuridico, più che economico), dato dal diritto di gestione, è il tratto caratteristico della figura contrattuale di tipo concessorio** (vedi, in tema di concessioni autostradali, Corte Giust., sez. IX, 26 novembre 2020, C-835/2019).

**In primo luogo, la gestione implica il trasferimento della relativa responsabilità.** Così, spetta al concessionario (e non al concedente), sottoposto al rischio dell'operazione, effettuare gli investimenti necessari affinché l'opera o il servizio siano messi a disposizione dell'utenza di riferimento e, al contempo, sopportarne l'onere di ammortamento. E ancora, è il concessionario ad assumere i rischi inerenti alla gestione e all'uso abituale dell'opera, oltre a quelli propri dell'attività di costruzione (o, nel caso di servizio, di approntamento dello stesso).

**In secondo luogo, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dagli utenti** (pedaggi, canoni, ecc.) per un determinato periodo di tempo coincidente con la durata della concessione. Di qui, un ulteriore elemento discrezionale rispetto all'appalto. Nella concessione, infatti, la parte privata non è remunerata direttamente dalla P.A., ma ottiene da questa il solo diritto di sfruttare l'opera realizzata, tramite la percezione dei relativi proventi da parte dell'utenza. In altri termini, nel

vincolo sinallagmatico concedente pubblico – concessionario privato si inserisce un terzo soggetto (l'utente), il quale, usufruendo dell'opera o del servizio, ne sosterrà, da ultimo, il costo di costruzione, remunerandone la gestione.

**Le due figure sono quindi differenziate sulla base del concetto di rischio** (*economic risk related to the performance*), collegato alla gestione dell'opera o del servizio, nonché in virtù del rapporto trilaterale che include anche l'utenza. Il concetto di rischio, in particolare, costituisce il centro della ricostruzione distintiva tra appalto e concessione. Il primo, infatti, non è definito per il risultato causale che le parti si sono prefisse (la costruzione di un'opera o la fornitura di un servizio), bensì per la circostanza che l'operazione si svolge, finanziariamente, a carico della stazione appaltante. La seconda, invece, si caratterizza proprio per l'assunzione (totale o comunque prevalente) dell'alea da parte del soggetto privato. Ne consegue che, **in presenza di concessione, la P.A. è sollevata, in tutto o in parte, sia dall'onere finanziario, sia dal rischio di perdita economica derivabile dalla sua gestione.**

**In definitiva, l'alea operativa trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato** tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile avendo a mente il valore complessivo dell'oggetto in concessione. Ciò rende evidente come la disciplina coniata nell'art. 177 del codice paia riferirsi principalmente alle c.d. opere "calde", ovvero a quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, ovvero a quelle c.d. "tiepide", categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi del servizio in favore di terzi alla completa copertura dell'investimento, risulta necessario un contributo pubblico per raggiungere la fattibilità finanziaria dell'operazione.

Tuttavia, **il carattere atipico del modello del partenariato contrattuale** (le forme tipizzate sono meramente esemplificative in quanto **anche in questo campo viene in rilievo l'art. 1322, comma 2, c.c.**) e la previsione legislativa (art. 177, comma 6) di interventi pubblici di sostegno (ove l'operazione economica non possa da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario) **sembrano aprire le porte anche a opere fredde e a rapporti essenzialmente bilaterali** (in cui la remunerazione non è a carico dell'utenza ma del concedente). In tal caso, infatti, il rischio – limitato alla costruzione e all'offerta – si riduce significativamente, poiché **il concessionario non offre realmente la prestazione sul mercato e, di conseguenza, non ne subisce le fluttuazioni.**

La Corte di Giustizia UE ha aggiunto che, **per configurarsi un contratto di concessione – la gestione dell'opera deve essere diretta.** In altri termini, non si può trasformare il diritto di gestione in diritto a percepire un canone da parte di altro soggetto terzo che svolga l'attività gestoria, ossia in una sorta di "rendita" (P.A.-concessionario-gestore-utenza).

In definitiva, **le concessioni sono anch'esse contratti a titolo oneroso, con la peculiarità del corrispettivo** (giuridico, non economico). Si deve, infine, precisare che, qualora difettino questi elementi, **il giudice sarà chiamato a riqualificare il contratto di concessione in termini di appalto**, prescindendo dunque dal *nomen* utilizzato dalle parti.

### 10.5 *Le forme contrattuali di confine tra appalto e concessione*

Nel quadro normativo vigente il binomio classico tra il contratto di appalto e il contratto di concessione è stato – in certo modo – alterato dalla codificazione di nuove forme negoziali che si pongono al confine tra le due tipologie.

Limitandoci in questa sede ad una loro citazione e definizione generale, si tratta in particolare dei c.d. partenariati pubblico-privato di cui possono avvalersi le P.A. per soddisfare le proprie esigenze negoziali. I partenariati sono, infatti, **un insieme – peraltro assai variegato – di strumenti negoziali, accomunati dalla caratteristica di avere ad oggetto un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico**, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio da parte dell'operatore privato, secondo modalità individuate nel contratto stesso (v. Libro IV del codice: artt. 174-208).

Tra le forme di partenariato pubblico privato si ricordano:

- a) **il contratto di disponibilità** (traslativo o no), ossia quel contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Per messa a disposizione deve intendersi l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti (art. 197);
- b) **la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità** (traslativa o no), ossia quel contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori (art. 196).

**L'art. 193, cita tra i partenariati pubblico privati anche la finanza di progetto.** Tuttavia, a stretto rigor di diritto, l'istituto in questione disciplina più propriamente una particolare modalità di affidamento e gestione di un contratto di concessione ovvero di un contratto di locazione finanziaria di un'opera pubblica o di pubblica utilità, piuttosto che costituire una tipologia contrattuale *tout court*.

**Il Decreto correttivo ha integralmente sostituito l'art. 193 del codice**, con l'intento di incentivare il ricorso alla finanza di progetto, coerentemente con l'esigenza di garantire il rapido perseguimento degli obiettivi sottesi al PNRR – e posti dalla Commissione dell'Unione Europea – e di chiarire alcuni dubbi applicativi. La riforma, pur innovando fortemente l'istituto, ne ha **preservato le caratteristiche originarie**, in particolare la sussistenza di due sequele procedimentali: una prima in cui viene scelto il progetto migliore, poi posto a base di gara, e una seconda in cui viene selezionata l'offerta.

Si sottolinea che il codice, anche dopo l'intervento ad opera del Decreto correttivo, fa salva la **possibilità di esercitare il diritto di prelazione in favore del promotore o del proponente**, opzione normativa quest'ultima che, anche prima dell'introduzione della novella legislativa apportata dal Decreto correttivo, ha indotto il Supremo Consesso della giurisdizione amministrativa a **rinvviare pregiudizialmente alla CGUE la questione della compatibilità del diritto potestativo in commento con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE**, nonché con la **direttiva 2014/23/UE**, interpretati alla luce dei **principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza**, e con **l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE** (Cons. Stato sez. V, ord. 25 novembre 2024, n. 9449).

## 11. La forma del contratto pubblico

È opinione acquisita quella secondo cui tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione richiedono la forma scritta *ad substantiam* (il principio della forma scritta *ad validitatem* è sancito, *ex multis*, da **Cass., Sez. Un., 9775/2022**).

In coerenza con tale impostazione, **l'art. 18, comma 1, D.Lgs. 36/2023** prevede che “il contratto è stipulato, a pena di nullità, con **atto pubblico notarile informativo**, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante **scrittura privata**” (ammessa solo per i contratti stipulati a trattativa privata).

In tema di forma dei contratti pubblici occorre evidenziare **che la disciplina generale è contenuta nella legge generale di contabilità dello Stato** (R.D. 18 novembre 1923, n. 2440), agli artt. 16, 17 e 18.

## 12. Il regime giuridico del contratto pubblico

Nonostante la loro imputazione a un soggetto pubblico, i contratti della pubblica amministrazione sono a tutti gli effetti atti di diritto privato, in quanto **espressione di autonomia privatistica e non di potestà pubblicistica** (cd. *principio della neutralità della qualità pubblica del contraente*). Troviamo conferma dell'assunto nell'**art. 12, comma 1, lett. b), del nuovo codice**, che, riprendendo la regola generale dipinta dall'art. 1, comma 1bis, della L. 241/1990, **assoggetta i contratti delle pubbliche amministrazioni alle regole del codice civile e del diritto comune, se non diversamente disposto (clausola di rinvio esterno). I contratti pubblici sono contratti a tutti gli effetti**, tanto da indurre parte della dottrina a osservare che sarebbe **meglio chiamarli contratti dei soggetti pubblici**, invece che contratti pubblici.

L'apparente contraddizione tra matrice privatistica dei contratti e universale tensione dell'agire dei soggetti pubblici a fini di pubblico interesse va risolta **scindendo la sorte dell'atto dal regime del procedimento che lo autorizza e lo giustifica (art. 17)**. Le ragioni di interesse pubblico che sono alla base della decisione di stipulare un contratto vanno evidenziate nel procedimento di evidenza pubblica a monte (Cap. 2), attraverso il quale occorre verificare se la pattuizione sia in sé di interesse pubblico, quale sia il contenuto all'uopo migliore e chi sia il contraente più affidabile. Una volta sciolti questi nodi attraverso la procedura amministrativa, espressione in quanto tale di *public power* e sottoposta, pertanto, alle regole di evidenza pubblica, **il contratto in quanto tale è un atto di diritto privato, non qualificabile come atto amministrativo**. Esso deve pertanto essere assoggettato alle norme di diritto comune ed esonerato dal doveroso controllo gius-pubblicistico, attraverso il grimaldello dell'eccesso di potere, di idoneità al perseguimento dell'interesse pubblico.

Ne deriva una **netta cesura, sul piano del regime giuridico e del riparto di giurisdizione** (art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a.), **tra procedimento amministrativo di evidenza pubblica finalizzato alla scelta del contraente e stipula del contratto con**

**il vincitore della gara.** Il primo è una procedura pubblicistica, sottoposta *naturaliter* al sindacato del giudice amministrativo; il contratto, invece, espressione di autonomia privatistica, è sottoposto al vaglio del giudice dell'autonomia privata, ossia il giudice civile. *Droit administratif* e *common law* si stringono le mani, regolando, rispettivamente, la procedura di gara – soggetta alla *public law* – e il rapporto contrattuale, sottoposto a regolamentazione privata e allo schietto «*principio di contrattualità*».

Ne consegue, altresì, il **superamento della tradizionale propensione pretoria a inquinare i due piani d'indagine, dando la stura a un diritto privato extra ordinem** che prevedeva una vera immunità della pubblica amministrazione dalle regole del diritto civile o, comunque, una ragionevole specialità della sua disciplina.

**Il diritto privato si applica anche ai contratti della P.A.** non se non sia incompatibile **ma in quanto è necessariamente compatibile, salve eccezioni espresse, con atti integralmente privatistici.** Non più, quindi, “riallineamento bilanciato”, come è stato efficacemente detto, ma soggezione integrale alle norme del diritto privato.

Si deve, allora, concludere, in adesione alla giurisprudenza oramai consolidata – oggi confermata dal principio di autonomia negoziale e dalla soggezione al codice civile (artt. 8, 9 e 12 del decreto 36/2023) – che:

- a) **anche ai contratti pubblici si applica la disciplina privatistica in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto ex art. 2932 c.c.**, in quanto una decisione del giudice che sanziona l'inadempimento di un obbligo di stipulazione definitiva, imponendo o sancendo il contratto definitivo omesso, non implica l'ingerenza in scelte relative al merito amministrativo ma l'adozione di una statuizione giurisdizionale consequenziale alla violazione di un impegno di diritto privato (Cass., Sez. Un., 5838/1983 e 12309/1992, secondo cui «è possibile esperire nei confronti della P.A. ogni tipo di azione esecutiva in forma specifica, ex artt. 2930, 2931, 2932, 2933 c.c.»), con la sola eccezione dell'ineseguibilità in forma specifica di obblighi aventi a oggetto prestazioni infungibili, motivata pur sempre dal fatto che «l'autorità giudiziaria ordinaria non deve interferire sull'atto amministrativo in senso stretto»; al di fuori della presenza di tale atto trova «applicazione integrale il principio della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi che, secondo il precetto di cui all'art. 24 Cost., deve essere completa e non soffrire eccezioni»);
- b) **anche alla pubblica amministrazione** che predispone condizioni generali o che funga da professionista **si applicano la disciplina di legge in materia di condizioni generali di contratto vessatorie ex art. 1341, comma 2, c.c. e la normativa consumeristica che prevede la nullità di protezione delle clausole abusive (art. 33 cod. consumo)**, in quanto l'astratta imparzialità dei soggetti pubblici non toglie che in concreto si possano verificare abusi e scorrettezze tali da imporre l'applicazione della disciplina di tutela del contraente debole (Cass., sez. I, 4832/1984; Corte cost. 61/1988);
- c) **anche alla pubblica amministrazione si applicano gli obblighi comportamentali in pendenza di condizione (in particolare, l'art. 1358 c.c.)**, con conseguen-

te responsabilità della pubblica amministrazione laddove il mancato avveramento della condizione (ad esempio l'approvazione del contratto richiesta dalla legge come *condicio iuris*) sia imputabile a comportamento colposo del contraente pubblico;

- d) **anche alla P.A. si applica la normativa in materia di interessi moratori** (art. 1224 c.c.) e di **reazione ai ritardi di pagamento** (D.Lgs. 231/2002), in quanto le regole di contabilità pubblica che proceduralizzano i pagamenti dei soggetti pubblici hanno rilevanza puramente interna se non sono trasfuse nel contratto come regole pattizie sui termini di pagamento (**Cass., Sez. Un., 3451/1985** secondo cui la P.A. è tenuta al pagamento di interessi moratori per ritardo di pagamento, anche se il titolo di spesa non sia stato emesso, non avendo rilevanza esterna nei rapporti con il creditore ogni circostanza attinente alle procedure e ai tempi necessari per l'emissione del titolo);
- e) **anche ai contratti pubblici si applica il principio di parità delle parti** (principio statunitense dell'*equality before the law*), con il collegato **principio di *sancity* del contratto**, che esclude l'ammissibilità di un generale diritto di recesso (*termination for convenience*) del contraente pubblico collegato a una clausola universale *rebus sic stantibus* (Cass., sez. V, 207/1987; vedi art. 21sexies della L. 241/1990, che considera eccezionali i casi di recesso previsti dalla legge e dai contratti: v. Cap. 3);
- f) **anche ai contratti pubblici si applica il principio di irrilevanza dei motivi soggettivi**, salve le eccezioni *ex art.* 1345 c.c.; pertanto l'ineidoneità del contratto a servire l'interesse del contraente pubblico non è causa di invalidità se tale motivo non si sia obiettivizzato alla stregua di causa (o *consideration*) del contratto;
- g) **anche ai contratti pubblici si estende** (vedi **Cass., Sez. Un., 7842/1994**) la **disciplina in materia di responsabilità precontrattuale *ex artt.* 1337 e 1338 c.c.** (*species* del *genus* della responsabilità contrattuale da contatto sociale secondo l'ultima giurisprudenza della Cassazione) se la P.A., nel corso della procedura di evidenza o a valle di essa, abbia trasgredito le regole privatistiche di correttezza e trasparenza (**Cass., Sez. Un., 17329/2021**); vedi i **principi di fiducia e buona fede bilaterale *ex artt.* 2 e 5 del nuovo codice**; sulla configurabilità della **responsabilità precontrattuale** prima ancora dell'aggiudicazione, e, quindi, dell'inizio di una trattativa personalizzata tra soggetti determinati, è intervenuta l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sent. 5/2018**; nonché, ancor più di recente, **Cons. Stato, Ad. Plen., 20 e 21/2021**; Cons. Stato, sez. V, 9298 e 82743/2023; in favore della discutibile tesi della giurisdizione del G.O. vedi **Cass., Sez. Un., 5441/2024**);
- h) **anche nei contratti pubblici la controparte privata gode del generale diritto di contestare l'inadempimento del soggetto pubblico** (*breach of contract*) con l'**azione di risoluzione** (*termination*) *ex art.* 1453 c.c. e facendo valere il principio *inadimplenti non est adimplendum* (**Cass., Sez. Un., 5232/1985**);
- i) anche ai contratti pubblici si applicano i **principi di conservazione e di rilevanza delle sopravvenienze** oggi codificati dall'art. 9 (si rinvia al §6. In particolare **Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2025, n. 3787** e **Id., 25 marzo 2025, n. 2590** si